

## LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

CONSUELO MADRIGAL MARTINEZ-PEREDA  
Fiscal

Hasta 1989 y desde 1848, el Título IX del CP se rubricaba "De los delitos contra la honestidad", no tanto refiriéndose al bien jurídico protegido como evidenciando el medio o las formas comisivas que se concretaban y concretan en acciones deshonestas desde el punto de vista de la moral sexual o el pudor (1). Efectivamente, fue opinión unánime de la doctrina y jurisprudencia que la honestidad no constituye referente de un contenido típico, ni objeto de protección como cualidad del sujeto pasivo por lo que, de una parte, resultó siempre insostenible la vieja tesis sostenida por algunos de que la mujer deshonestata no podía ser objeto de protección en relación con estos delitos, y de otra, la rúbrica del antiguo Título IX no era correcta pues no remitía al bien jurídico protegido.

Desde distintos sectores doctrinales se proponían denominaciones más adecuadas como "delitos contra la libertad sexual", "contra la moral sexual" o simplemente "delitos sexuales", en la medida en que todos de una u otra forma afecta a la esfera de la vida sexual. Aunque tales propuestas, y especialmente esta última, no dejaban de ser discutibles, pues ciertas figuras del título como el rufianismo o las tercerías locativas no tienen propiamente un contenido sexual y han sido calificadas por algún autor más bien como delitos contra la propiedad (2), mientras homicidios de carácter sádico o hurtos fetichistas serían delitos sexuales, pero se encuentran regulados en puntos distintos del CP.

La explicación del núcleo de estos delitos a base del instinto sexual es excesivamente simplista, porque el instinto sexual está conectado a veces a procesos complejos culturales o de índole variada que tienen su expresión lejos de lo que puede entenderse

como relación carnal, y no todos los delitos del título son exteriorización de ese instinto.

Sin embargo, la idea de que el epígrafe del Título ha de tender a expresar el bien jurídico protegido se manifiesta en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983 que aludía a "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales" y se consagra en la L.O. 3/1989, de 21 de junio de actualización del CP, a partir de la cual se destaca la libertad como bien jurídico protegido, poniendo de relieve que las conductas castigadas son aquellas en las que la víctima se ve involucrada en un contexto sexual indeseado contra o sin su voluntad (3).

La idea rectora de tal modificación fue la necesidad de articular de modo distinto y más correcto la relación entre Moral y Derecho, lo que la doctrina alemana denomina "racionalización del Derecho Penal sexual", partiendo del principio de "intervención mínima" (4) que inspira el Derecho Penal moderno. Dado que los fenómenos de la vida sexual son un componente normal de la vida de las personas, el Estado actual sólo se halla legitimado para sancionar aquellas conductas que causan daño o ponen en peligro algún bien jurídico, pero no las que pudiendo merecer reproche desde perspectivas morales, no causan daño.

Sin embargo, la denominación totalizadora de delitos contra la libertad sexual adoptada en 1989 no fue del todo correcta entonces porque dejaba fuera a una parte del contenido del título IX: el exhibicionismo ante mayores y la difusión de pornografía o el favorecimiento de la prostitución de mayores...

La cuestión queda resuelta en el nuevo CP donde, en aras del citado principio de intervención mínima, se sancionan conductas relativas al ámbito sexual sólo en la medida que entrañan lesión de la libertad, bien a través de una conducta condicionante, cuando se usa la violencia o la amenaza para imponer a otra persona un comportamiento sexual, o el abuso de superioridad o el engaño como determinantes del estado de formación de la voluntad en el ámbito de lo sexual, o se realizan comportamientos sexuales aparentemente consentidos con persona que por su edad (menores), condición (trastorno mental) o situación (privación de sentido) no puede

prestar un consentimiento libre y válido. Por lo demás, desaparece la punición además del rapto, del exhibicionismo y provocación sexual ante mayores, la difusión de pornografía entre mayores y los tipos de prostitución no coactivos respecto de mayores.

Es pues la libertad como posibilidad de opción entre alternativas de conducta en el ámbito de lo sexual y posibilidad de ejecución de la alternativa elegida (5) el bien jurídico protegido, ahora exclusivamente en el Título VIII del nuevo CP, en el que también desaparecen por completo las anteriores y constantes referencias a la moral sexual o las buenas costumbres.

Bajo este principio rector la nueva regulación presenta importantes novedades en la concepción general de las figuras delictivas, algunas de ellas de indudable acierto, como es la supresión del rapto cuya conducta, prescindiendo de sus superados antecedentes históricos, tiene más simple y adecuado encaje en la detención ilegal por la distinción y diferente regulación de las agresiones y los abusos sexuales, la previsión de circunstancias de agravación de unas y otros con su respectiva repercusión en las penas que resultan así más adecuadamente individualizadas, la innovación del acoso sexual inédito en nuestro ordenamiento, la reducción del exhibicionismo, la provocación sexual y el simple favorecimiento de la prostitución al ámbito de los menores o incapaces, y la supresión del favorecimiento no coactivo de la prostitución de mayores, así como todas las formas de rufianismo y proxenetismo locativo; por otra parte, y como se verá al estudiar las disposiciones comunes a todo el título, se amplían las posibilidades de perseguibilidad de las figuras básicas al otorgar al Ministerio Fiscal posibilidad de presentar querrela, aún sin denuncia de la persona ofendida, tras la ponderación de los intereses en conflicto.

## CAPITULO I

### LAS AGRESIONES SEXUALES

Una de las más importantes innovaciones de la nueva regulación atañe a la clasificación

de los principales tipos de delitos contra la libertad sexual; mientras hasta ahora la fundamental diferencia se establecía en función de la índole del comportamiento sexual (cópula completa de un lado y restantes conductas sexuales, de otro), el NCP atiende especialmente a la índole de la conducta determinante sobre la voluntad de la víctima, a su mayor o menor entidad, para distinguir entre "agresiones sexuales" en los casos más graves de violencia e intimidación, o simples "abusos sexuales" en los supuestos de falta de consentimiento, prevalimiento o engaño, señalando penas diversas dentro de cada grupo en atención también a la entidad del comportamiento sexual impuesto.

### Aspectos comunes a todas las agresiones sexuales.

Así pues, toda agresión sexual tiene ahora su referente común en el art. 178 del NCP, correspondiente a las agresiones sexuales violentas del antiguo art. 430 en relación con el 429.1.<sup>3</sup>

"El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como reo de agresiones sexuales con la pena de prisión de uno a cuatro años."

Obviamente los sujetos activo y pasivo pueden ser ahora en todas las modalidades de agresiones cualquier persona de uno u otro sexo, aunque estamos ante delitos de los llamados "de propia mano" que sólo puede cometer quien realiza materialmente el comportamiento sexual en que el atentado consista. Cabe, sin embargo, participación y aún coautoría por inducción o cooperación necesaria, cuando terceras personas realizan lo que es propiamente violencia o intimidación como sujetar a la víctima, amenazarla o vigilarla... mientras el autor material realiza la conducta sexual, esto es, ejercen la violencia o la intimidación. (Sentencias del TS de 10 de julio de 1982, 28 de mayo y 25 de noviembre de 1983, 14 de abril de 1987, 23 de enero de

1990, 3 de diciembre de 1992 y 19 de enero y 19 de mayo de 1995, así como el Auto de 7 de junio de 1995).

Incluso se ha considerado cooperación necesaria la conducta de quienes con su sola presencia refuerzan la determinación delictiva del autor material, acentúan el desamparo de la víctima y debilitan la voluntad resistente (23 de abril de 1985).

La acción se desglosa en doble vertiente entre: A) la acción determinante, que será siempre el empleo de *violencia o intimidación*, y B) la acción determinada, el comportamiento sexual típico, diferente en el tipo básico (art. 178) y en el cualificado (art. 179). En el primer aspecto, basta a la agresión la concurrencia de un marco o ambiente coactivo o intimidante, sin que resulte imprescindible el empleo de fuerza física. Ello supone que la víctima no está obligada a ofrecer una determinada resistencia, ni la ley incorpora tal elemento en la descripción del tipo. Cuando la jurisprudencia se ha referido a la resistencia del sujeto pasivo en los supuestos de agresión sexual lo ha hecho como medio para comprobar si en el supuesto concreto existió la intimidación o la fuerza, o si, en cambio, concurrió un consentimiento libre respecto al acto sexual. Para la valoración de estos extremos es preciso atender a la situación ambiental creada o buscada por el sujeto activo, en la medida que pueda hacer inútil la posible oposición de la víctima o el auxilio de terceras personas; a la actividad y contextura física del agresor y a las demás circunstancias. Así, el que la persona ofendida llegue a colaborar activamente no implica su consentimiento cuando resulta patente que hubo intimidación como medio para vencer su negativa (Sentencias de 4 de julio de 1991 y 6 de mayo de 1992). Incluso el Auto de 18 de enero de 1995 consideró suficiente la amenaza a una menor de descubrir a sus padres las relaciones sexuales que había mantenido con su novio.

Autores como González Rus y Carmona Salgado llaman la atención sobre la existencia de una laguna legal en los casos en que el sujeto pasivo no puede resistir por estar inca-

pacitado físicamente (parálisis, extrema debilidad, inmovilización mecánica...) (6) y el sujeto activo, se aprovecha de tal situación sin necesidad de ejercer violencia o intimidación. Sólo una "analogía in malam partem" permitiría aplicar aquí el tipo de agresiones, por lo que habrá que acudir a la modalidad más leve de abuso sexual de prevalimiento (art. 181.3), pese a estar éste especialmente previsto para supuestos de libertad disminuida, y no de ausencia total de capacidad de resistencia.

En los delitos sexuales en general la constante doctrina del TS (Sentencias de 8 y 18 de diciembre de 1986; 15 y 20 de junio de 1987; 6 de octubre de 1988; 24 de enero y 14 de abril de 1989; 25 de febrero, 13 de abril, 21 de junio y 6 de noviembre de 1991, 4 de octubre de 1993 y 5 de julio de 1994, 7 y 21 de abril y 12 de junio de 1995) viene declarando la *inaplicabilidad de la continuidad delictiva* en cuanto atentan a bienes de naturaleza estrictamente personal, incluso, y aún con mayor fuerza, en los casos de identidad del sujeto pasivo o víctima; las agresiones sexuales realizadas en diversas ocasiones originan tantos delitos como hechos cometidos, en cuanto cada acción ejecutada recobra su autonomía y precisa de un dolo nuevo y repetido que en cada ocasión consume el delito. La única excepción a dicha regla general, por tanto de interpretación restrictiva, surge en los supuestos llamados de "iteración" en que la situación intimidativa o violenta se da entre los mismos sujetos y en el marco de una misma y única ocasión, es decir, sin solución de continuidad en el tiempo, lugar y acción física o psíquicamente agresora, como satisfacción de un mismo impulso libidinoso (Sentencias de 30 de enero y 10 de diciembre de 1986; 18 de octubre de 1989; 13 de diciembre de 1990, y 22 de septiembre, 13 y 30 de noviembre de 1995).

### Tipo básico o genérico de agresiones sexuales.

El art. 178 del NCP, correspondiente en parte a las agresiones sexuales violentas del antiguo art. 430 en relación con el 429.1.<sup>º</sup>, dispone:

"El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como reo de agresiones sexuales con la pena de prisión de uno a cuatro años."

La acción se desglosa en doble vertiente:

A. El *comportamiento sexual típico* se define genéricamente como "atentado contra la libertad sexual", pero materialmente tendrá un contenido residual comprensivo de todas las conductas de carácter sexual no incluidas en el art. 179, esto es, distintas de la penetración (o introducción de objetos) por cualquiera de las vías típicas. La dinámica comisiva es pues amplísima y variada, pero siempre excluye los supuestos en que haya ánimo de penetración que integrarían tentativa de las agresiones sexuales más graves del art. 180 (antes violación) (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1993, 25 de enero, 5 y 14 de febrero, 12 y 23 de marzo, 5 de abril, 16 de mayo de 1994). En los límites mínimos se encuentra el beso cuya calificación ha oscilado entre el delito y la falta de coacción o vejación injusta de carácter leve (art. 620.2.<sup>º</sup> del NCP), en atención a su intensidad o fugacidad.

Frente a la tradicional doctrina que exige el contacto corporal entre autor y víctima, con la actual redacción legal ha de pensarse más que nunca que están incluidos también los casos en que el autor obliga a la víctima a realizar contactos corporales sobre sí misma o sobre un tercero, se la obliga a desnudarse ante el sujeto activo, o a contemplar las actividades sexuales de éste, todos ellos de ataque a la libertad sexual.

La extraordinaria equivocidad del comportamiento típico (7) que puede ser materialmente idéntico a otro lícito y hasta necesario—exploraciones médicas o ginecológicas—hace imprescindible la presencia, junto con el elemento objetivo del comportamiento sexual, de un elemento subjetivo del injusto conocido como *ánimo lúbrico o libidinoso*, finalidad lúbrica que mueve al sujeto activo en su obrar, y que ha de ser de tal especie que excluya la intención de penetración por las vías típicas

del art. 179. En todo caso, como todo elemento interno debe inducirse de los medios empleados, actos realizados y partes del cuerpo que fueron tocadas (en este sentido, la jurisprudencia viene considerando que los tocamientos de los órganos genitales evidencian en sí mismos este ánimo libidinoso característico del atentado contra la libertad sexual. (Sentencia de 15 de junio de 1993).

El delito de agresión sexual básico del art. 178 es de mera actividad, que no precisa de resultado material, y se manifiesta ordinariamente en grado de *consumación* por la misma realización del hecho del que se desprende su móvil libidinoso, quedando perfeccionado por la conjunción de sus dos elementos, objetivo y subjetivo, antes mencionados, aunque el agente no logre la plena satisfacción de sus deseos mediante la realización de todos los actos planeados o imaginados, es decir, aunque no se completen los actos propuestos. Esta consideración dificulta grandemente las formas imperfectas de ejecución; la doctrina jurisprudencial, si bien rechazó el grado de frustración (genéricamente posible en el ACP), en este delito, admite la hipótesis de la tentativa cuando inequívocamente se exteriorice el ánimo lujurioso del agente y quede excluido el de yacer, lo que implica un principio de ejecución siempre que al producirse la actividad violenta o intimidatoria no haya tenido lugar contacto obsceno de clase alguna (8).

### Tipo cualificado (violación).

El art. 179 establece:

"Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal la pena será de prisión de seis a doce años."

Presupuestos los elementos comunes a toda agresión sexual ya examinados, la cualificación viene dada exclusivamente por el comportamiento sexual típico que se entiende como el más grave; se trata de un lado del "acceso carnal" por el que tradicionalmente se ha entendido la cópula o penetración vaginal,

a la que se equiparan expresamente, tal como ya venía haciendo el CP desde la Reforma de 1989, la penetración bucal y anal.

Tanto al acceso vaginal, como al anal, es aplicable la doctrina mayoritaria respecto de la antigua violación, que entendía suficiente para la consumación la "coniunctio membrorum", esto es, la introducción del órgano masculino aunque sea parcial o mínima y ni siquiera llegue a romper el himen en su caso (Sentencia de 14 de febrero de 1995), y sin necesidad de eyaculación (Sentencias de 6 de marzo, 15 y 20 de junio de 1995, por citar las más recientes).

Particular interés presentan los casos en que por la diferencia de edad entre los sujetos activo y pasivo exista una desproporción de órganos que impida la penetración. El Tribunal Supremo apreció frustración en Sentencias de 17 de octubre y 24 de noviembre de 1986 y tentativa inidónea en la de 26 de junio de 1989, pero podría hablarse también de delito imposible.

La novedad más sorprendente en esta figura es la equiparación expresa de las penetraciones a la *introducción de objetos* que, en el anterior CP y desde 1989 era sólo subtipo agravado de las agresiones sexuales generales del art. 430. La amplitud de la expresión hace precisa una interpretación sistemática de su sentido típico. El hecho de mencionarse tras el acceso carnal y antes de las penetraciones bucal y anal puede llevar a pensar que la ley alude exclusivamente a la introducción de objetos por vía vaginal, aunque no tenga mucho sentido la exclusión de la introducción por vía anal. En todo caso, tampoco lo tiene que la introducción de objetos por vía bucal, aun hipotéticamente realizada con ánimo libidinoso, lleve aparejada el plus punitivo que el art. 179 prevé sobre el 178 del CP.

El NCP ha dejado pasar la oportunidad de crear algún tipo atenuatorio para los supuestos de violación o agresiones sexuales *en el seno del matrimonio* o situaciones análogas, como hacen algunas legislaciones extranjeras. Es cierto que la doctrina mayoritaria y la más reciente jurisprudencia del TS (Sentencias de 14 de febrero de 1990, 24 de abril de 1992 y 974/1995, de 5 de octubre) entienden

que el principio de igualdad ante la ley (art. 14 de la CE) y la indole del bien jurídico protegido hacen que se deba tratar la conducta de la misma forma mediando o no la situación matrimonial, dado que la ley no expresa distinción, pero la convivencia sexual previa y mutuamente aceptada que concurre en el matrimonio o situaciones análogas hacen que el atentado sexual, nunca justificado, si pueda ser atenuado, y en todo caso, que el daño psíquico para la víctima sea por lo general mucho menor. Estas razones y no la idea del débito conyugal como derecho absoluto del marido son las que harían deseable la creación de un tipo atenuado o, en defecto de previsión legal expresa, la aplicación de la circunstancia de parentesco, con carácter atenuante, como dispone el Voto particular de la citada Sentencia 974/95, de 5 de octubre.

#### **Cualificaciones comunes a todas las agresiones sexuales.**

Con gran acierto y para una mejor individualización de las penas previstas, el NCP prevé en el art. 180 que se impondrán

"las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del art. 178, y de doce a quince para las del art. 179, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias". En el inciso final se dice que "Si concurriesen dos o más de las anteriores circunstancias las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior".

1.<sup>a</sup> "Cuando la violencia o la intimidación revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio."

Llama aquí la atención que no se aluda a la especial intensidad de la fuerza sobre la voluntad de la víctima, y sólo se mencione la degradación o vejación, cuya "particularidad" será elemento valorativo a criterio del Tribunal.

2.<sup>a</sup> "Cuando los hechos se comentan por tres o más personas actuando en grupo."

Conforme a la interpretación tradicional de la participación en estas figuras la actuación en grupo no necesariamente irá referida al comportamiento sexual, sino a la violencia o intimidación que, como se ha dicho, admite la participación.

3.<sup>a</sup> "Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación."

4.<sup>a</sup> "Cuando el delito se cometa prevaleciéndose de su relación de parentesco por ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima."

En tales supuestos no será suficiente el parentesco descrito, en el que, sin duda por error de técnica, se incluye a todos los afines sin limitación de grado, sino será preciso que el culpable se aproveche del mismo, no ya para determinar la voluntad de la víctima, pues para ello ya emplea la violencia o intimidación, sino con carácter general para cometer el delito: proximidad, confianza previa de la víctima, ocasión propicia....

5.<sup>a</sup> "Cuando el culpable haga uso de *medios especialmente peligrosos*, susceptibles de producir la muerte o las lesiones previstas en los arts. 149 y 150 del CP, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones graves causadas."

Sobre el concepto de tales medios peligrosos existe una abundantísima jurisprudencia relativa a los delitos de robo y lesiones según la cual lo serían todo instrumento que tenga un poder mortífero o vulnerante, potenciando, aumentando o consolidando la fuerza que naturalmente secunde la ilícita intención de su portador. Así, las armas blancas (cuchillos, navajas, tijeras, jeringuillas, destornilladores y hasta un cortapuñas, pero no un cortapuñas; las armas contundentes, palos piedras y similares (Sentencias entre otras muchas de 26 de octubre de 1987, 10 de noviembre de 1988, 8 de marzo y 3 de octubre de 1989, 30 de mayo y 6 de noviembre de 1990, 4 de octu-

bre de 1993), las piedras (Sentencia de 6 de noviembre de 1990), el spray de defensa personal, los gases o aerosoles (Sentencia de 29 de enero de 1990), y hasta una jeringuilla (Sentencia de 18 de febrero, 22 de mayo de 1992, 25 de marzo de 1993, 23 de noviembre de 1994). Como arma de fuego ha de entenderse todo mecanismo capaz de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora, tales como pistolas, revólveres, metralletas, rifles, carabinas, fusiles y escopetas, con o sin su culata y con o sin los cañones recortados. Tratándose de estas armas, es evidente que si no constan sus características de marca y calibre, si era real o simulada, se hallaba o no cargada o si finalmente se encontraba en buen estado de funcionamiento, no podrá aplicarse el subtipo agravado y todas las de fuego que sean aptas para el disparo y lleven munición; en otro caso, sólo serían medios peligrosos si por sus características y por la forma en que fueron utilizadas pudieron ser armas contundentes...

En todo caso se trata de una agravación en función del riesgo potencial que tales medios introducen en la agresión. Se trata puramente del riesgo abstracto que, caso de concretarse en muerte o lesiones graves, se castigaría independientemente, con la pena prevista en los tipos correspondientes, si bien hay que pensar que en concurso ideal con la agresión sexual.

Tipo particular de agresión sexual se contempla en el art. 607.2.º, situado en el Título XXIV, entre los Delitos contra la Comunidad Internacional y en concreto, en el capítulo II, relativo al genocidio. Castiga a quienes

"con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, agredieran sexualmente a alguno de sus miembros...".

## CAPITULO II

### DE LOS ABUSOS SEXUALES

Siguiendo básicamente el esquema establecido en la regulación de las agresiones, el NCP regula los abusos sexuales, en principio con carácter general (art. 181 y 183 párrafo primero) en atención a la naturaleza de la conducta determinante del comportamiento

sexual impuesto que, sin ser en ningún caso violencia o intimidación, admite diversas modalidades desde el simple actuar sin la voluntad de la víctima, hasta el obtener dicha voluntad mediante abuso de superioridad o engaño. Es por tanto la particular *configuración de la voluntad* del sujeto pasivo o su total ausencia lo característico de los abusos frente a las agresiones, siendo los comportamientos sexuales típicos idénticos en unos y otras.

### Los abusos sexuales genéricos Presupuestos comunes.

– *Tipo básico: art. 181.1.º:*

"El que sin violencia o intimidación, y sin que medie el consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de multa de doce a veinticuatro meses."

La figura tiene el acierto de aportar una definición general de estos delitos si bien de carácter negativo al eliminar de un lado la violencia característica de las agresiones, y de otro, el consentimiento de la víctima, que haría lícita las conductas. Sin embargo, la existencia de formas cualificadas, atenuadas o particulares de abuso, que aportan alguna singularidad en la configuración de la voluntad de la víctima, y que supondrán los supuestos más frecuentes, hace que el ámbito de aplicación de este tipo básico sea casi inexistente pues resulta difícil imaginar un abuso sexual fuera de las modalidades típicas previstas en los siguientes tipos.

– *Tipo peculiar: el abuso fraudulento: art. 483:*

"El que interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de doce años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses."

Aunque se señala la misma pena que para el tipo básico, se trata de una conducta de menor entidad en la medida en que se pena-

liza exclusivamente si afecta a menores entre 12 y 16 años. Corresponde al estupro fraudulento del art. 435 del ACP, heredero del antiguo estupro por engaño que la jurisprudencia identificó sistemáticamente como "falsa promesa, expresa o tácita, de matrimonio", para determinar el comportamiento sexual deseado de la víctima. Pero superada tal idea hoy día se entiende que el engaño ha de ir referido al significado del comportamiento sexual impuesto (9). Precisamente por ello se ha pensado que el abuso fraudulento con mayores, de ser materialmente posible, no merece ser penado, y aún cabe cuestionarse que jóvenes situados en la mitad superior del intervalo de edad que va entre los doce y dieciséis años, con escolarización normal, sean susceptibles de caer en artificios engañosos que determinen una falsa representación sobre el significado de las conductas sexuales. Por otra parte, resultan impunes los supuestos de comportamiento sexual logrado con engaño por sustitución de una persona por otra o por simulación de matrimonio cuando se trate de mayores de dieciséis años. Uno de tales casos fue calificado, no sin críticas doctrinales, por la Sentencia de 15 de junio de 1957 como de privación de sentido por parte de la víctima, lo que entonces implicaba violación (art. 429.2.<sup>º</sup>) y hoy supondría condena por los más graves abusos sexuales del art. 181.2.<sup>º</sup>.

La fijación matemática en los *límites de edad* en el sujeto pasivo de los delitos de estupro ha producido críticas doctrinales por la inflexibilidad que representa un límite tan estricto con el que un instante puede ser la frontera entre un pena o la impunidad.

Siendo la edad de la víctima elemento del tipo, el error del culpable al respecto deberá regirse por las normas del art. 14.1. Esto es, si fuera invencible, excluye la responsabilidad penal; siendo vencible, al no existir una modalidad culpable del delito, hemos de llegar a la misma conclusión puesto que no puede admitirse la irrelevancia del error so pena de instaurar una responsabilidad objetiva inaceptable en nuestro Derecho.

– *Tipo privilegiado: art. 181.3:*

"Cuando el consentimiento se obtenga prevaleciendo el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima se impondrá la pena de multa de seis a doce meses."

Corresponde al art. 434 del ACP, pero delimita más el ámbito de la relación de superioridad que no será ya "la originada por cualquier relación o situación", sino sólo aquella que siendo "manifiesta" u ostensible, "coarte" la capacidad de consentimiento de la víctima. Pero como en la redacción anterior, no basta la superioridad, el culpable ha de prevalerse de ella.

Como ejemplos de tal situación el ACP, en su redacción anterior a 1978 citaba sacerdote, tutor, maestro, autoridad, patrono, jefe... y la jurisprudencia más reciente se refiere a relaciones de vecindad entre el culpable y una persona de escasa edad (26 de abril de 1985), dependencia laboral (5 de marzo de 1985, 28 de octubre de 1987) desamparo de la víctima (7 de noviembre de 1983), padre con hija (28 de marzo de 1995), profesor con alumnos (29 de abril de 1995), aprovechamiento del déficit intelectual de la víctima (19 de abril de 1995), cierto parentesco (marido de una tía de la víctima en Sentencia de 22 de mayo de 1995)...

Si en las agresiones sexuales hay una voluntad contraria, y en los abusos del art. 181.2.<sup>º</sup> no hay consentimiento, en los fraudulentos del 183 y en éstos del 181.3, hay un consentimiento, pero está viciado por el engaño o el prevalimiento de superioridad, y tales vicios, no anulan la libertad de decisión, pero sí la disminuyen notablemente.

Como acierto de la nueva regulación hay que destacar la supresión de los límites de edad en la víctima (antes entre doce y dieciocho años).

– *Tipos agravados: art. 181.2:*

"En todo caso se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten: 1.<sup>º</sup> Sobre menores de doce años;

2.º Sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental.

En estos casos, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años."

Se establece aquí en principio una presunción "iuris et de iure" de ausencia de consentimiento en ambos supuestos; el aparente consentimiento prestado por la víctima en tales casos será totalmente nulo pues ni los menores de doce años, ni quienes están privados de sentido o aquejados de trastorno mental pueden prestarlo.

La innovación del NCP es extraer tales casos del ámbito de las agresiones sexuales (violación del art. 429.2 y 3 o agresiones del art. 430) y configurarlos como abusos, si bien con la pena más grave de todos ellos.

En el caso de la *edad menor de doce años*, el límite es matemático e inflexible de forma que resultan totalmente contrarias al principio de legalidad la equiparación a menores de incapaces (normalmente por oligofrenias) a los que se establece médica y convencionalmente una edad mental inferior a doce años. El TS desde la Sentencia de 4 de marzo de 1935 hasta las de 30 de mayo de 1987, 7 de febrero de 1992 y 8 de noviembre de 1995 indica que la edad se ha de computar en sentido exclusivamente cronológico o biológico. La protección penal debe imponerse exclusivamente en aquellos casos, si fuera posible, por la vía del "abuso de su trastorno mental".

El error sobre la edad ha de tratarse como se ha comentado más arriba, conforme al art. 14.1 del NCP.

Respecto a la *privación de sentido*, hemos de entender los casos de inconsciencia producidos por enfermedad, desmayo, ingestión de alcohol o estupefacientes, sueño, hipnosis, estados crepusculares previos al despertar... Respecto al sueño no patológico, aunque fue considerado como privación de sentido por la Sentencia de 1957 ya comentada, se ha entendido después (20-XII-85) que puede operar como privación de sentido a efectos de los abusos sexuales genéricos pero no de los consistentes en penetración por cualquiera de las tres vías típicas del art. 182 supuesto que resulta más "bocacciano" que real.

En cuanto al *abuso de su trastorno mental* hay que señalar que la redacción es más correcta que la anterior que mencionaba la enajenación. El trastorno mental abarca tanto las enfermedades mentales como las oligofrenias, si bien ha de concurrir incapacidad para comprender el sentido total del comportamiento sexual y aceptarlo o rechazarlo libremente, como deriva de la exigencia del "abuso" por parte del sujeto activo de ese trastorno.

### **Abusos sexuales consistentes en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal.**

Con la conducta sexual típica que comentamos al hablar de las agresiones sexuales del art. 179, y las conductas determinantes de los abusos que acabamos de ver en los arts. 181 y 183, las penas se gradúan del siguiente modo:

- Engaño, art. 183.2.º: prisión de seis meses a tres años.
- Prevalimiento, art. 182, segundo inciso, en relación con el 181.3: prisión de uno a seis años.
- Falta de consentimiento, art. 182, primer inciso, en relación con el 181.2: prisión de cuatro a diez años.

Estos dos últimos supuestos pueden verse agravados con la pena en su mitad superior (art. 182) por dos de las circunstancias previstas para las agresiones en el art. 180: el prevalimiento del parentesco en el que no se mencionan ahora a los afines y la especial vulnerabilidad de la víctima por edad, enfermedad o situación. En definitiva, dos casos particulares de abuso de confianza y de superioridad.

## CAPITULO III

### DEL ACOSO SEXUAL

Art. 184:

"El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero preva-

liéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses."

Con esta nueva figura el NCP anticipa la protección de la libertad sexual a un momento anterior: el estadio previo de formación de la voluntad que puede verse condicionado o perturbado en determinadas situaciones con la mera solicitud de un comportamiento sexual. Se trata de un acto preparatorio punible por expresa decisión del legislador.

No se castigan aquí comportamientos sexuales impuestos de uno u otro modo, sino el mero planteamiento de las pretensiones sexuales, la simple solicitud de los favores, cuando tiene lugar en determinado ámbito y situación, en que la libertad de víctima existe, pero limitada ante la perspectiva de frustración de sus legítimas expectativas laborales, académicas o análogas. El hecho de que no sea necesaria la efectiva limitación de la libertad, configura un tipo de mero riesgo o peligro abstracto.

Por ello cabe pensar que más que la libertad sexual se protege el simple derecho a no verse inquietado por pretensiones sexuales, coactiva o abusivamente planteadas, por quienes ostentan una posición superior en ciertas relaciones.

Habrá que esperar a lo que la jurisprudencia vaya a entender por "*solicitud*" a estos efectos y si habrá de ser clara y expresa o se incluirán las alusiones más o menos veladas, expresiones equívocas, piropos groseros... En todo caso y pese a que el nombre de la figura (acoso) implica normalmente una actitud más o menos constante y reiterada, la definición típica no requiere más que una sola actuación de solicitud o pretensión y puede ir referida a cualquier comportamiento sexual de una u otra entidad. Sin embargo sí se establecen dos requisitos:

– *El prevalimiento de la superioridad* que tenga el culpable, esto es, abusando de la posición que ocupe, que ha de ser tal que le permita efectivamente causar algún mal al sujeto pasivo, y ello como exigencia lógica, que la ley no menciona.

– *El anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal* relacionado con sus legítimas expectativas en el ámbito de la relación laboral, docente o análoga. La deficiente redacción legal no deja claro si el anuncio del mal es simplemente la forma que adopta el prevalimiento –como ocurrirá normalmente– o si además, e independientemente, ha de darse éste para configurar el tipo penal. Tampoco se dice, pero es lógico entenderlo así, en relación con las exigencias jurisprudenciales del delito de amenazas, que el anuncio ha de referirse a un mal futuro, pero posible y verosímil, pues de otro modo no tendría ningún efecto perturbador sobre el sujeto pasivo.

– En definitiva, se trata de una figura específica de coacciones con la que el legislador castiga simplemente la presión que el culpable hace o pretende sobre la voluntad del sujeto pasivo, sin exigir en absoluto que éste ceda efectivamente a lo pretendido, ni que aquél logre su propósito. Como amenazas y coacciones, no requiere un resultado material y, al consumarse con la mera solicitud, no admitirá tentativa.

– En los casos en que el sujeto pasivo acceda a las pretensiones del superior en virtud del prevalimiento, estaríamos en presencia de abusos sexuales (arts. 181 y 182) cuya mayor gravedad absorbería el acoso como acto preparatorio.

– Tipos especiales de acoso sexual están también previstos como delitos contra la Administración Pública, como abusos de los funcionarios en el ejercicio de su función (cap. IX) en los arts. 443, 444 y 445, que se corresponden con los antiguos arts. 383 y 384, y que castigan al funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que para sí o para una serie de parientes que se describen, tenga pretensiones pendientes de la resolución del funcionario o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consul-

ta a su superior (art. 442) o al funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitare sexualmente a una persona sujeta a su guarda, o a una serie de parientes de la misma (art. 444.2), disponiéndose en todo caso que las penas previstas se impondrán en cada caso sin perjuicio de las que pudieran corresponder por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos (art. 445). La previsión aquí, a diferencia de lo que ocurre en el acoso sexual común del art. 184, tiene sentido pues no cabe hablar de progresión delictiva como avance en el ataque al mismo bien jurídico protegido ya que los arts. 443 y 445 atacan el buen funcionamiento e integridad de la Administración pública, y los concretos actos sexuales realizados mediante el abuso del funcionario integrarían atentados contra la libertad sexual individual.

#### CAPITULO IV

##### DE LOS DELITOS DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACION SEXUAL

Estos delitos suponen el último límite de protección de la libertad sexual individual, describiendo conductas menos graves, pero todavía dignas de punición por cuanto tienen de menosprecio de la voluntad de la víctima a la que se inserta en una acción o contexto sexual sin su consentimiento, en la que pasa a ser partícipe pasivo e involuntario.

Se trata de conductas que normalmente no implican contacto corporal y que convierten a la víctima en mero objeto de placer sexual ajeno (exhibicionismo) o mecanismo susceptible de excitación o que van dirigidas fundamentalmente a desprestigiar la opción personal que sobre el comportamiento sexual haya efectuado o vaya a efectuar el sujeto.

Sin embargo, el NCP las ha despenalizado en cuanto se refieren a mayores de edad, entendiéndose que no son dignas del reproche penal salvo que afecten a menores o incapaces que no pueden formar libre y válidamente su consentimiento en materia sexual. Se castiga así

##### Art. 185:

“Al que ejecutare o hiciere ejecutar a otro actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces será castigado con pena de multa de 3 a 10 meses.”

La acción se describe disyuntivamente en dos modalidades de conducta en realidad bien distintas: por un lado el ejecutar actos de exhibición obscena ante menores o incapaces, que requiere la precisión del término “obsceno” que la jurisprudencia siempre ha entendido en relación con la impudicia o lo contrario al pudor y buenas costumbres, conceptos todos ellos indeterminados, contenidos en el antiguo y denostado “escándalo público”. Superada la idea de los delitos sexuales como protección de una determinada concepción de la moral sexual, los contenidos obscenos habrán de referirse bien a sensaciones de asco, repugnancia, bien a posibilidades de excitación sexual. En esta línea por acto de exhibición obscena hemos de entender el mostrar los órganos sexuales, siendo indiferente la finalidad de obtener una satisfacción sexual propia o una aproximación sexual a la persona confrontada.

De otro lado, el tipo hace referencia a quien “hiciere ejecutar a otro” esos actos ante menores o incapaces. La conducta adquiere un particular relieve pues sin dejar de ser exhibición entrará en concurso con una agresión sexual respecto del autor inmediato a quien se obliga a la exhibición.

– En todo caso la exhibición ha de hacerse ante unos sujetos pasivos determinados. Quiere decirse en su presencia pero en una interpretación teleológica concluiremos que la exhibición ha de ser además realmente percibida por el menor o incapaz, siendo necesario que se capte el sentido sexual de la acción presenciada o percibida en la medida en que ello sea posible teniendo en cuenta la edad y la capacidad intelectual del observador.

– Los sujetos pasivos están delimitados a menores de edad (tal vez fuera preferible el límite inferior de edad de dieciséis años del antiguo art. 431 del CP) e incapaces, en el

sentido de enajenados o aquejados de enfermedad mental que impida su discernimiento y libertad, y por ello, impedidos de prestar libremente su consentimiento. La expresión incapaces, mejora la de deficientes mentales empleada en la anterior redacción legal.

– *Difusión de pornografía: art. 186:*

“El que por cualquier medio directo, difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de multa de tres a diez meses.”

Antes de la reforma de 1988 el CP no contenía una referencia expresa a la pornografía cuya difusión se castigaba como escándalo público por ser grave ofensa al pudor o buenas costumbres. Desde aquella fecha se tipifica su difusión entre menores o incapaces en aras de la protección del normal y libre desarrollo sexual.

Interesa precisar ese elemento del tipo objetivo que se determina con la designación de *material pornográfico*, por el que se entiende la exposición o representación gráfica de carácter obsceno que se dirige a la excitación del impulso sexual. Comprende todas las formas de manifestación de la comunicación: escritos, fotografías, representaciones de cine, teatro, televisión, vídeo... y puede decirse que ha quedado liberalizada, sea cual sea su contenido, salvo en la difusión a menores o incapaces.

La acción es ahora delimitada no a cualquier medio, sino sólo a los “directos” de difusión, venta o exhibición de ese material pornográfico.

## CAPITULO V

### DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCION

I. Junto a la protección estrictamente individual que el Derecho Penal otorga en los delitos que hemos tratado hasta ahora, existe otro nivel de protección, de ámbito social, en cuanto se prohíben determinadas conductas relativas al ejercicio de la prostitución.

Pero la consideración individual de los actos aislados de prostitución, pese a su objetiva inmoralidad y a cuanto puedan tener de degradación de la persona, no interesa al Derecho Penal. La experiencia histórica demuestra además que la prohibición de la prostitución bajo pena a quien la ejerce o al cliente no tiene el efecto disuasorio perseguido y sólo produce una clandestinización del fenómeno con indeseables consecuencias en la salud pública general (10).

Así, la prostitución entra en consideración en el sistema punitivo como “fenómeno social” (11), lo que conlleva que sólo son objeto de sanción aquellas conductas relacionadas con la prostitución (inducción, promoción o favorecimiento) realizadas por terceras personas, generalmente con una finalidad lucrativa aunque la ley no la exija expresamente.

Los sistemas en orden a la represión de la prostitución pueden reducirse a tres:

1. El de prohibición pura y simple que considera delito el ejercicio mismo de la prostitución y consiguientemente, todas las formas de auxilio y mediación.
2. El de tolerancia que permite la prostitución pero sometiendo a quienes la ejercen a controles administrativos fundamentalmente sanitarios.
3. El sistema abolicionista, al que se adscribe nuestro ordenamiento de acuerdo con las tendencias internacionales dominantes, no considera delito el ejercicio de la prostitución pero castiga de modo independiente los actos de auxilio, fomento o mediación.

II. *Los antecedentes* de la regulación legal de la materia que ofrecía hasta ahora el anterior Código Penal en su Título IX, cap. VI, se encuentran en una serie de tratados internacionales suscritos por España: los diversos acuerdos existentes en la materia desde el de 18 de mayo de 1904, fueron refundidos en el Convenio de 21 de marzo de 1950 para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución ajena, firmado en Lake Succes (Nueva York), al que se adhirió España el 18 de junio de 1962.

En materia penal, los Estados firmantes de este acuerdo se comprometen a castigar la intervención lucrativa o no en la prostitución o corrupción ajena. A consecuencia de este compromiso, la Ley de Bases de 1961 para la Reforma del Código Penal, propone una nueva modificación de la materia, pero en el ámbito administrativo ya primaba el carácter prohibitivo, al cesar todo el control sanitario y policial, y clausurarse "oficialmente" las casas de mancebía y de tolerancia, por el Decreto ley de 3 de marzo de 1956 (12), cuya heredera directa fue la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social que en su art. 2, 4.º consideraba incursos en estado peligroso a "los que habitualmente ejerzan, promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución".

Todo ello trascendió al ámbito penal en una reforma represiva que construyó los tipos de manera que a juicio de Rodríguez Devesa, lo que debería ser expresión de una posición oficialmente abolicionista, se convirtió en una forma enmascarada de prohibición, lo que junto con el desmesurado casuismo y lo farragoso de la técnica legislativa, mereció una crítica general severísima (13).

III. Con carácter previo al estudio de los actuales tipos penales al respecto debe precisarse el *concepto de prostitución*. Por tal se entiende la ejecución venal —esto es, por precio— de actos sexuales; como actitud, supone la oferta abierta y habitual, de la prestación carnal por precio. Las notas características del concepto no hacen pues referencia tanto a comportamientos sexuales determinados como al "libre acceso", oferta abierta o entrega carnal indiscriminada de una parte, y a la venalidad, de otra. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1980 habla también de una cierta habitualidad como característica de la prostitución.

Pero el concepto de prostitución hasta ahora utilizado por la ley no se encuentra terminantemente acotado, lo que se ha agravado por el empleo conjunto en el antiguo CP del término prostitución con el de corrupción, evidentemente más restringido, porque toda persona prostituida está corrompida, pero no toda persona corrompida es necesariamente

prostituta, ya que puede actuar libremente y al margen de toda idea de lucro. Por otra parte, la corrupción es esencialmente un acto contra la moral individual del corrompido; en cambio, la prostitución está presidida por el móvil de lucro hasta el punto de haber afirmado Seeling (seguido por Rodríguez Devesa) su naturaleza de delitos contra el patrimonio.

En general la prostitución supone la forma más grave o degradada de corrupción en la que se entrega el trato sexual por dinero a quien lo solicite. Y la corrupción sería la iniciación precoz o perversa en la sexualidad y, por tanto, referida sobre todo a menores, con los que la conducta adquiere particular trascendencia, en la medida en que les impide al alcanzar la plenitud de su personalidad optar libremente en el ámbito de lo sexual (Sentencias de 27 de diciembre de 1993 y 21 de diciembre de 1995). El ACP aludía a ambos términos, no como unívocos, pero sin establecer límites claros entre uno y otro. La cuestión ha quedado resuelta al referirse ahora la ley exclusivamente a la prostitución.

IV. El *bien jurídico protegido* es la libertad sexual individual que se ve afectada cuando la persona es determinada por unos u otros medios de mayor o menor potencialidad coactiva al ejercicio de la prostitución, en el caso de mayores, o simplemente favorecida y apoyada en el caso de menores de edad. Tal es la postura de Polaino Navarrete (14) y Bajo Fernández (15) y de las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1984 y 30 de abril de 1993, pero otro sector doctrinal (16), partiendo de la heterogeneidad de los distintos tipos antes previstos, habla también de delitos contra la moral social colectiva.

#### V. *Tipos penales:*

##### A. Favorecimiento de la prostitución de menores o incapaces.

— *Tipo básico: art. 187.1:*

"El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado

con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses."

Corresponde con el art. 452 bis b) del ACP, si bien resulta mucho más sencillo al refundir en un sólo epígrafe genérico las cuatro posibilidades que aquél inútil y reiteradamente relataba, y también más completo pues incluye en el ámbito de protección a los incapaces, antes no mencionados.

La conducta típica está descrita alternativamente en cuatro verbos con terminología importada de la legislación francesa y en realidad poco precisa. Para Puig Peña (17) "promover" es, como sería hoy también el "inducir", impulsar a una persona para que se prostituya; "favorecer" es ayudar o auxiliar a tal objeto y "facilitar" es allanar obstáculos, proporcionar medios y formas (Sentencia 1315/95, de 21 de diciembre). Para R. Devesa (18), pese a tales definiciones, la imprecisión subsiste en la medida en que se sustituyen unos términos por otros igualmente vagos, y cabría pensar que en realidad se trata de incluir las diferentes formas de participación: inducción, cooperación necesaria y complicidad.

Estas conductas pueden realizarse en comisión por omisión siempre que se den los presupuestos de tal modalidad de acción.

Respecto a la consumación y carácter de la figura existe también polémica doctrinal pues mientras Rodríguez Devesa (19) entiende que es necesaria la efectiva consecución del resultado de prostitución del menor o incapaz, o su favorecimiento real, siendo posible por tanto la tentativa, otros autores como Cuello Calón (20), Bajo Fernández (21) y Díaz Ripollés (22) entienden que se trata de delitos de simple actividad que no precisan la real prostitución del menor o incapaz y en los que no cabe o resulta difícil la tentativa.

– *Tipos cualificados:*

@ art. 187.2:

"Incurrirán en la pena de prisión prevista en su mitad superior además de en

la de inhabilitación absoluta de seis o doce años los que realicen las conductas anteriores prevaleándose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público."

Se trata de una agravación de carácter personal para la que lo decisivo no es el carácter público del autor, sino el prevalimiento del mismo para la comisión del delito.

@ art. 188.3:

"El que determine coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad a un menor o incapaz a ejercer la prostitución o mantenerse en ella..., será castigado con la pena superior en grado a la prevista."

Ello en principio debe entenderse referido a la pena prevista en el art. 188.1, por lo que corresponderá la de prisión de cuatro a seis años y multa de veinticuatro a treinta meses.

La cualificación viene dada por la índole de la conducta que, como veremos luego, excede del mero favorecimiento o la simple inducción por suponer un más grave atentado contra la libertad del menor o incapaz al que se lleva a la prostitución por la vía de la coacción, el engaño o el abuso, ya de su propia precariedad, ya de la superioridad en que se encuentre el autor.

A su vez este tipo admitiría una cualificación de segundo grado, para cuando el sujeto cometa la conducta abusando de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público (art. 188.2) caso en que se le aplicaría también la pena de inhabilitación, pero no en el grado previsto en este párrafo segundo del art. 188, sino en el grado superior inmediato que impone el párrafo tercero para "aquellas conductas".

@ *Incumplimiento de deberes asistenciales:*  
art. 189.2:

"El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor o incapaz y que con noticia de la prostitución

de éste no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado o no acudiere a la autoridad para el mismo fin si carece de medios para su custodia, incurrirá en pena de multa de tres a diez meses."

El precepto, correspondiente al antiguo art. 452 bis e), ha suprimido las referencias moralizadoras y simplificado extraordinariamente la redacción para configurar un tipo de omisión pura y naturaleza eminentemente dolosa, puesto que se exige la noticia de la prostitución del menor o incapaz, que sanciona el incumplimiento de deberes morales de forma hasta cierto punto superflua, dado que la mayor parte de los supuestos pueden quedar abarcados por otras figuras como el abandono de familia y niños o la sustracción de menores.

Admite la inducción o el encubrimiento, pero no actos de auxilio. Es además un tipo subsidiario del 187.1, y por lo tanto se aplicará sólo cuando no haya habido una cooperación efectiva aunque sea omisiva a la prostitución del menor o incapaz.

Respecto de esta figura se establece además una suerte de sanción añadida al disponer el art. 189.3 que

"el Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar a la persona que incurra en alguna de las conductas mencionadas en el párrafo anterior".

## B. Determinación a la prostitución de mayores.

### - Tipo básico:

"El que determine coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o de superioridad, a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses."

Con este artículo el nuevo CP despenaliza el simple favorecimiento o protección de la prostitución de mayores de edad a que aludía el antiguo art. 452 bis a) en su número 1 y que ahora sólo será delito si se refiere como hemos visto a menores o incapaces. Por otra parte, se refunden en un párrafo de forma más clara y escueta los núms. 2º y 3º del antiguo artículo 452 bis a) (el que por medio de engaño, violencia amenaza abuso de autoridad u otro medio coactivo determine a persona mayor de dieciocho años, a satisfacer deseos sexuales de otra y el que retuviere a una persona, contra su voluntad en prostitución o en cualquier clase de tráfico inmoral).

Es eminentemente un delito contra la libertad sexual o más exactamente contra la libre determinación del comportamiento sexual referido a prácticas de prostitución. El atentado se produce precisamente mediante una coacción, un engaño o un abuso de necesidad o superioridad que en los tres casos han de ser aptos para mover la voluntad del sujeto pasivo y determinarlo al ejercicio de la prostitución. Mientras la antigua normativa mencionaba expresamente la violencia y la amenaza como medios de determinación de la voluntad ajena, la actual habla sólo de coacción, aunque a efectos prácticos venga a ser lo mismo, dado que en su sentido normativo la coacción implica ya un cierto grado de violencia y, o intimidación en la conducta, como medios de forzar la voluntad ajena. En todo caso, ante la falta de mención expresa, cobra mayor fuerza la tesis de que, de producirse la determinación a la prostitución con o mediante violencia, y sobrepasando ésta los mínimos conceptualmente insitos en la coacción al punto de constituir delito independiente de lesiones, entrará éste en concurso con el delito relativo a la prostitución que no puede absorber excesos sobre la descripción típica de su conducta.

Llama la atención el hecho de que si "el cliente" de la persona prostituida está en connivencia sobre el engaño, la violencia o la intimidación, su comportamiento sexual pasaría a tener relevancia penal a través de la correspondiente figura de agresión o abuso sexual. En tal caso, este tipo sería meramente subsidiario.

diario y sólo se aplicaría en defecto de las normas principales de agresión o abuso (24).

Siendo éste el único comportamiento descrito en materia de prostitución de mayores de edad, con el nuevo CP quedan exentos de pena tanto el simple favorecimiento (art. 452 bis a) 1<sup>º</sup>) el proxenetismo no coactivo o fraudulento (art. 452 bis c) y las tercerías locativas (art. 452 bis d).

– *Tipo cualificado: art. 188.2:*

“Incurrirán además en la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaleándose de su condición de Autoridad, agente de ésta o funcionario público.”

#### C. Utilización de menores o incapaces en actos pornográficos o de exhibicionismo.

*Art. 189.1:*

“El que utilizare a un menor de edad o incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.”

Además de la libertad sexual de menores o incapaces se protege aquí el derecho de los menores, especialmente, a una correcta formación en el ámbito de lo sexual.

El sujeto activo será tanto el autor o dueño del espectáculo en el que se utiliza al menor o incapaz como la persona que ostentando potestad, tutela, representación legal o simple guarda sobre él, se aprovechare de cualquier forma (“utilizare”) de su participación en el espectáculo.

#### D. Reincidencia internacional.

*Art. 190:*

“La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este Capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o

Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.”

Reproduciendo prácticamente el art. 452 bis f) del anterior CP, se recoge aquí lo dispuesto en los arts. 7 a 10 del Convenio de Lake Success, en aras de la efectividad de la represión internacional de estas conductas. El principal problema es, sin embargo, la inexistencia de un registro supranacional en que consten tales condenas, y ante lo impracticable de la indagación país por país, no será posible conocerlas a efectos de aplicar lo preceptuado en la ley.

### CAPITULO VI

#### DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPITULOS ANTERIORES

– *Condiciones de perseguibilidad: art. 191:*

“1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase.”

Tradicionalmente los delitos contra la libertad sexual (violación, agresiones, estupro y rapt) se han configurado como delitos semi-públicos, cuya persecución se condicionaba a la iniciativa del agraviado que, por la naturaleza de los hechos y la implicación en ellos de aspectos de su intimidad, podría no tener interés en su persecución pública. Esta concepción tenía su complemento en la eficacia que en este ámbito se otorgaba al perdón del ofendido: la extinción de la responsabilidad penal e incluso hasta 1983 de la pena impuesta o en ejecución.

Los múltiples casos de perdón otorgado por motivaciones venales, especialmente en los supuestos más graves de violación y el aumento general del número de denuncias por delitos de esta naturaleza, ha llevado al legislador ya en 1983 a suprimir la eficacia del perdón con carácter general y a ampliar ahora con el NCP las posibilidades de persecución pública de estas figuras.

Pueden denunciar en primer lugar y con carácter excluyente la persona ofendida por el hecho y en su caso (menor edad, incapacidad) su representante legal. Si el ofendido es menor, incapaz o persona desvalida (expresión alusiva a quienes reuniendo las condiciones para ser legalmente representados, carecieran de representación) puede también denunciar los hechos el Ministerio Fiscal.

Pero se amplian notablemente las posibilidades de persecución pública de estas figuras que se otorgan siempre al Fiscal, aunque exigiéndole la interposición de querrela y la ponderación de los intereses legítimos en presencia. Quedan pues excluidos sólo las denuncias de personas ajenas a los hechos y la acusación popular.

En este punto cobra especial relieve lo dispuesto en el art. 15.5 de la L.O. 35/1995, de 11 de diciembre, sobre ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

"El Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal."

– *Penalidad:*

– *Agravación por parentesco o encargo:* art. 192.1:

"Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con

la pena que les corresponda, en su mitad superior.

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate."

La excepción se prevé para los supuestos de agresiones agravadas por el parentesco, abusos de prevalimiento o acoso sexual.

– *Penalidad complementaria:*

*Art. 192.2:*

"El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio por tiempo de seis meses a seis años."

*Art. 194:*

"En los supuestos tipificados en los capítulos IV y V de este Título, cuando en la realización de los actos se utilicen establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva. La clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar."

– *Responsabilidades civiles:*

*Art. 193:*

"En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán en su caso los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos."

Para los casos de insolvencia del condenado la Ley 35/1995 de 11 de diciembre, que prevé ayudas estatales a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, dispone en su art. 6.4 que las mismas se aplica-

rán también a los supuestos en que se hubieren causado daños su salud mental, aún no determinantes de incapacidad temporal, extendiéndose el importe de la ayuda a los casos del tratamiento terapéutico libremente elegido por la víctima en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine.

## NOTAS

- (1) GIMBERNAT, E.: "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria" ADP, 1969, págs. 506 y 507.
- (2) RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: "Derecho Penal Español", Parte especial Dykinson, 1992, Madrid, pag. 170.
- (3) DIEZ RIPOLLES, J. L.: "La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma", Barcelona 1985, págs. 15 a 18.
- (4) MIR PUIG, S.: "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal en la Reforma penal", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada "Homenaje al Prof. José Antonio Ruiz Cantero" nº 12-1, 1987, págs 243 y ss.
- (5) BENEYTES MERINO, L.: "Lecciones de Derecho Penal", Comares, Granada 1994, pag. 130.
- (6) La Sentencia de 11 de mayo de 1932 se refiere a una mujer con hemiplejía del lado derecho, y la de 28 de enero de 1935 a una mujer parapléjica incapaz de toda resistencia. La de 12 de noviembre de 1960 alude a una joven que, acabada de violar, queda aturdida y sin facultades de resistencia y en tal estado es violada por otro individuo.
- (7) BAJO FERNANDEZ, M.: "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990 Tomo III, pag. 185.
- (8) (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero y 16 de diciembre de 1985; 17 de enero de 1986; 6 de abril y 27 de octubre de 1987; 27 de junio de 1988; 3 de octubre de 1989, 18 de junio de 1990, 8 de junio de 1992, 13 de marzo de 1995).
- (9) DIEZ RIPOLLES, J.L.: "La Reforma del Derecho Penal sexual" en Documentación Jurídica: Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo CP de 1983, Ministerio de Justicia 1983, Tomo I.
- (10) NACIONES UNIDAS: "Estudio sobre la trata de personas y la prostitución" [Represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena] 1959.
- (11) BENEYTES MERINO, Luis: "Lecciones de Derecho Penal". Ob. cit., pag. 157.
- (12) Su art. 1.º dice: "velando por la dignidad de la mujer, y en interés de la moral social, se declara tráfico ilícito la prostitución".
- (13) ORTS BERENGUER, E.: "Derecho Penal", Parte Especial, pag. 627.
- (14) POLAINO NAVARRETE, M.: "Introducción a los delitos contra la honestidad", Sevilla 1975, págs. 114 y ss.
- (15) BAJO FERNANDEZ, M.: Ob. citada, pag. 218.
- (16) MUÑOZ CONDE y RODRIGUEZ DEVESA permiten deducir esta divergencia de la colocación sistemática de estos delitos en la Parte Especial de sus respectivos manuales.
- (17) PUIG PENA, F.: "Derecho Penal, Parte Especial", Mateu Cromes Artes Gráficas, Madrid 1988, pag. 461.
- (18) RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: "Derecho Penal Español", Parte Especial, Dykinson, Madrid 1992, página 211.
- (19) RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: Ob. cit., pag. 211.
- (20) CUELLO CALON, "Derecho penal, Parte Especial 1975, pag. 666.
- (21) BAJO FERNANDEZ, MIGUEL: "Manual de Derecho...." ob. cit. Tomo III pag. 220.
- (22) DIAZ RIPOLLES, J.L.: "La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma", Barcelona 1985, pag. 174.
- (23) LUZON CUESTA, J. M.: "Compendio de Derecho Penal", Parte Especial, ob. cit., pag. 90.
- (24) BAJO FERNANDEZ, M.: "Manual de Derecho...." ob. cit., pag. 223.